

Sentencia del Tribunal Supremo 4450/2020, de 12 de noviembre

LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS SE LEVANTA EN ARMAS FRENTE AL USO INDEBIDO DE LOS DATOS PERSONALES DE LA CIUDADANÍA CON FINES PUBLICITARIOS

La adopción del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD), primero, y la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), poco después, supusieron un giro copernicano en el sistema de protección europeo de la privacidad, mediante el establecimiento de nuevas bases de legitimación del tratamiento de datos personales, el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos para el conjunto de la ciudadanía, la introducción de una figura específica en el seno de las diferentes organizaciones para garantizar la tutela de la privacidad en forma de delegado de protección de datos o el fortalecimiento de la actuación de las autoridades de control, especialmente en lo que se refiere a la acción sancionadora, con la finalidad de disuadir a quienes osen infringir la normativa de protección de datos de carácter personal.

En torno a la actuación sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), vinculada al uso indebido de los datos personales de la ciudadanía con fines de mercadotecnia, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia 4450/2020, de 12 de noviembre.

Dicho pronunciamiento judicial trae causa del recurso de casación número 4756/2019, interpuesto por Meydis, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de marzo de 2019, desestimatoria del recurso promovido por la consultora empresarial contra la Resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 31 de enero de 2017 dictada en el procedimiento sancionador PS/00381/2016. En dicha resolución se imponía a la demandante una sanción de 60.000 euros por una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la misma, y de conformidad con los artículos 45.2 y 45.4 del mismo texto legal, al entender que la compañía había procedido al tratamiento sistemático de datos personales de los particulares con fines de mercadotecnia sin recabar el consentimiento informado de los mismos para tal fin.

Con fecha 13 de diciembre de 2019 el Tribunal Supremo procedió a dictar un auto por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada en el recurso presentaba interés casacional para la formación de la jurisprudencia consistente en determinar si, conforme al artículo 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679,

interpretado a la luz de los considerandos 47 *in fine* y 70 del mismo Reglamento, puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurre un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

Sentado lo anterior, a continuación se analizan los pasajes más destacados del pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo, en el que se establecen una serie de valiosas consideraciones en torno a la posibilidad de aplicación retroactiva del RGPD, los elementos que deben estar presentes para que una infracción disponga de la consideración de continuada en el tiempo, el principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador o los límites a los que debe sujetarse la actuación inspectora de la Agencia Española de Protección de Datos, entre otras cuestiones.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones objeto de controversia, es decir, la no aplicación retroactiva del RGPD, así como de la LOPDGDD, normas que en opinión de la entidad empresarial serían más favorables para su posición jurídica al eliminar la tipicidad de la conducta sancionada, toda vez que se ha producido un cambio fundamental en la regulación de la materia al dejar de constituir el consentimiento la única causa que legitima el tratamiento de datos personales, salvo que concorra alguno de los supuestos eximentes contemplados en el hoy ya derogado art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). En efecto, tras la entrada en vigor de la nueva regulación se establece un listado de supuestos legitimadores del tratamiento de datos, en el que el consentimiento es uno más sin prioridad alguna e incluye, entre tales supuestos, la existencia de interés legítimo de quien efectúa el tratamiento (apartado 1.f del art. 6 RGPD).

En contraposición, la Sala no asume el razonamiento expuesto por la consultora empresarial, ya que, si bien es cierto que no cabe la menor duda de que el RGPD y la LOPDGDD han cambiado de manera sustancial la regulación de la protección de datos, dándole una mayor flexibilidad, y que el art. 6.1 enumera ahora seis distintos supuestos habilitantes para el tratamiento de datos, entre los que se encuentra el enunciado en la letra f) del citado precepto, relativo a aquellos tratamientos de datos personales que sean «necesario(s) para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero», también es cierto que el tratamiento de datos para la mercadotecnia directa es objeto de atención expresa en el considerando 47 *in fine* y en el art. 21 RGPD, precepto dedicado al derecho de oposición al tratamiento por parte del sujeto interesado.

Clarificado este extremo, el Tribunal Supremo sentencia que el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige, según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, tal como se dispone en el considerando 70 y en el art. 21 de dicha norma.

Especial interés posee la argumentación del Tribunal acerca de la posibilidad de aplicar de forma retroactiva el RGPD al conflicto jurídico objeto de análisis, para lo cual exige verificar si la consideración global del reglamento comunitario permite llegar a la

conclusión de que en la aplicación al caso concreto es, en realidad, una norma más favorable desde la perspectiva sancionadora en que nos encontramos.

Sobre esta cuestión existe ya una vasta jurisprudencia en la que se sostiene de forma reiterada en el tiempo que la apreciación de que una norma sancionadora es más favorable ha de provenir de una consideración global y sistemática de la misma en su aplicación al caso concreto, no de una interpretación parcial de alguno de sus preceptos o de una consideración abstracta de las normas, tal y como se desprende con rotundidad de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de octubre de 2009 (FJ 6):

[...] la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa ha de hacerse determinando qué disposición es más favorable, mediante el contraste entre ambas, anterior y posterior, consideradas de modo global, no tomando lo que resulte más beneficioso de una y otra para crear, en realidad, una nueva disposición.

En el caso que nos ocupa no consta que se le diese ocasión al interesado de manifestar su oposición al tratamiento de sus datos, como requiere el apartado 4 del propio art. 21 RGPD («a más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información»), por lo que el recurrente no acredita haber cumplido las exigencias impuestas por el Reglamento europeo para aplicar este supuesto.

En síntesis, toda vez que la entidad empresarial procedió al tratamiento de los datos personales del interesado con fines publicitarios sin recabar el consentimiento expreso y previo, como requería la antigua LOPD, ni se le comunicó debidamente la utilización de sus datos en una campaña de mercadotecnia al objeto de que pudiera manifestar su oposición como se prevé en el art. 21.4 RGPD y el art. 18 LOPDGDD, no procede realizar una aplicación retroactiva del Reglamento comunitario 2016/679 con el fin de eliminar la tipicidad de la conducta sancionada.

En relación al segundo de los argumentos esgrimidos por la empresa recurrente, igualmente rechazado por el Tribunal Supremo, en el que se alega la infracción del art. 4.6 del Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, por falta de apreciación de una infracción continuada y la consiguiente vulneración del principio de proporcionalidad, conviene señalar las siguientes cuestiones.

En primer lugar, es necesario recordar que el art. 4.6 del referenciado Reglamento dispone lo siguiente:

No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Esta cuestión ya fue suscitada en el proceso de instancia, donde la parte actora aducía —como hace también en casación— que al incoarse el procedimiento la Agencia Española de Protección de Datos ya tramitaba otros expedientes sancionadores que estaban aún sin resolver, todos ellos por infracción de los mismos arts. 6 y 44.3 b) LOPD y por hechos idénticos. Ahora en casación la recurrente insiste en su alegato de que, en la fecha de incoación del expediente de autos, el PS 381/2016 ya se encontraba en tramitación el procedimiento PS 47/2016, incoado con anterioridad, por lo que la iniciación del expediente que aquí nos ocupa infringió lo dispuesto en el art. 4.6 del Real Decreto 1398/93, entonces aplicable. Según la recurrente, no se debió incoar nuevo procedimiento sancionador hasta que se hubiera dictado resolución sancionadora en el que ya se había iniciado primero.

Llegados a este punto, conviene subrayar que la Sala de la Audiencia Nacional ya había procedido a desestimar esta argumentación invocando en su sexto fundamento de derecho la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 2013 en la que se indica que:

[...] para apreciar la infracción continuada en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

- a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.
- b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.
- c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza [...].

Partiendo de esa jurisprudencia, la Sala de la Audiencia Nacional señala que la concurrencia de los tres requisitos ha de ser acreditada por quien pretende la aplicación de la norma por serle más beneficiosa, lo que no sucede en el caso objeto de estudio, pues únicamente cabría admitir el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados a) y c).

Además, señala la sentencia recurrida, hay que tener en cuenta la particular naturaleza del bien jurídico protegido por las normas, que son los datos personales de las personas físicas, que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, es un derecho fundamental, consagrado en el art. 18.4 CE que persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado. Así, dice la sentencia recurrida:

[...] la utilización sin consentimiento de los datos personales constituye una infracción individualizada, con independencia de que esa utilización o tratamiento de datos se

lleve a cabo en el marco de una campaña publicitaria contratada entre diversas empresas, como las sancionadas en este procedimiento, y en otros muchos de los que ha conocido esta Sala, con múltiples destinatarios seleccionados en función de las características del producto y de las personas de los destinatarios; todo lo más, cabría apreciar la existencia de infracción continuada si, en el marco de tal campaña, los datos personales de un mismo titular fueran objeto de tratamiento inconsentido en diferentes ocasiones próximas en el tiempo, no, como ahora se trata, de diferentes destinatarios dentro de la misma o diferentes campañas, a los que no resulta de aplicación la figura de la infracción continuada (FJ 4).

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo observa que el *modus operandi* de la empresa Meydis, S.L., que resultó sancionada en los citados expedientes de la Agencia Española de Protección de Datos, es similar en todos los casos; y, por ello mismo, las diligencias de investigación y trámites realizados en los diferentes procedimientos sancionadores son en parte coincidentes, los hechos a los que se refieren aquellos expedientes se incardinan en campañas de mercadotecnia distintas, en las que mediante cartas personalizadas se convoca a los destinatarios a actos distintos y en lugares y fechas diferentes.

Por todo ello, pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido. Y, como oportunamente recuerda la Sala de la Audiencia Nacional, quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido, acreditación esta que, como señala la sentencia impugnada, no se ha producido, lo que permite apreciar la inexistencia de una infracción continuada; y, como consecuencia, la ausencia de la vulneración que se alega del principio de proporcionalidad por parte de la entidad empresarial.

Finalmente, en lo que respecta a la última de las cuestiones objeto de controversia, es decir, a la infracción del art. 12 del Real Decreto 1398/1993 y del art. 122 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, invocada por la parte recurrente, al considerar que la Agencia Española de Protección de Datos realizó un uso fraudulento de las potestades de investigación previa que se reconocen a la Administración, al prolongar las mismas de forma injustificada, incurriendo en el supuesto contemplado en el art. 6.4 del Código Civil, el Tribunal Supremo considera que la práctica de las actuaciones previas practicadas por los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos está plenamente justificada, toda vez que los actos de investigación preliminares acordados resultaban pertinentes para recabar información sobre los hechos denunciados, referidos a una cesión de datos personales a una empresa, que determinó que recibiera en su dirección postal una convocatoria para participar en una demostración comercial.

En atención a tales consideraciones, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo falla desestimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Meydis, S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2019, determinando con rotundidad además la no aplicabilidad al caso del RGPD y, por tanto, la improcedencia de formular cuestión prejudicial como solicita la consultora empresarial, de lo que se deduce una vez más la diligente actuación de la Agencia Española de Protección de Datos en la difícil tarea de garantizar la efectiva aplicación de la normativa encargada de garantizar la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal.

Por último, a modo de corolario, la Sentencia 4450/2020 incorpora el voto particular del magistrado D. Fernando Román García, el cual, pese a mostrar su conformidad con el fallo de la Sentencia, afirma no compartir la decisión mayoritaria de afrontar el examen y resolución de las cuestiones que fueron expresamente rechazadas por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera. De igual forma, aunque comparte la decisión mayoritaria de no apreciar en este caso la existencia de infracción continuada, discrepa de parte de la fundamentación de la sentencia referida a ese extremo.

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ
Personal Investigador en Formación (FPU)
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
jldoal@usal.es